



Vergabekammer bei der Bezirksregierung Münster

Beschluss

Amtlicher Leitsatz

Der Begriff „technische Spezifikationen“ in § 21 Nr. 2 VOB/A bezieht sich auf Leistungen, die anhand von allgemein formulierten und standardisierten technischen Vorgaben beschrieben werden.

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Vergabe eines Auftrages zur Installation einer Anlage für Gebäudeautomation und Gebäudeleittechnik

VK 12/05

verbunden mit VK 13/05

der xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxH

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Antragstellerin zu 1)

Verfahrensbevollmächtigte

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Rechtsanwälte

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

und

der xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx mbH

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Antragstellerin zu 2)

Verfahrensbevollmächtigte

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

gegen

die Stadt Münster

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Antragsgegnerin

Beigeladene

Firma xxxxxxxxxxxx

XXXXXXXXXXXXXXXXXX
XXXXXXXXXXXX

hat die Vergabekammer Münster auf die mündliche Verhandlung vom 14. Juni 2005 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den hauptamtlichen Beisitzer Stolz und den ehrenamtlichen Beisitzer Mensing

am **17. Juni 2005** entschieden:

1. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, die Angebote der Bieter für das Gewerk „Gebäudeautomation“ mit Ausnahme des Angebotes der Beigeladenen erneut unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu werten.
2. Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer werden auf xxxx Euro festgesetzt.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerinnen zu 1) und zu 2) wird für notwendig erklärt.
4. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zu 1) und zu 2).
5. Die Beigeladene trägt ihre Kosten selbst.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin schrieb im Zuge des Neubaus eines Gymnasiums u.a. die Installation einer Anlage für Gebäudeautomation und Gebäudeleittechnik nach der VOB/A in einem offenen Verfahren europaweit aus. Das Gewerk beinhaltet die Steuerung, Regelung und Überwachung der betriebstechnischen Anlagen (BTA) wie Heizungsanlagen, Lüftungsanlagen, Sanitäranlagen, elektrotechnische Anlagen usw.

Nebenangebote waren nach den Verdingungsunterlagen zugelassen. Der Zuschlag soll auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt werden. Der Auftragswert für diese Einzelbaumaßnahme beträgt ca. 500.000 Euro.

Die Antragsgegnerin übersandte den Bewerbern den Vordruck „Bewerbungsbedingungen“. In Ziffer 4.3 der Bewerbungsbedingungen heißt es:

„Nebenangebote, die in technischer Hinsicht von der Leistungsbeschreibung abweichen, sind auch ohne Angabe eines Hauptangebotes zugelassen. Andere Nebenangebote oder Änderungsvorschläge sind nur in Verbindung mit einem Hauptangebot zugelassen.“

In dem Vordruck „Aufforderung zur Abgabe eines Angebots“, dass die Antragsgegnerin den Bewerber übersandte, heißt es unter Ziffer 5.2.3

„Abweichend von Nr. 4.3 der Bewerbungsbedingungen gilt bei Nebenangeboten Folgendes: Nebenangebote werden nur unter der Voraussetzung der Abgabe eines Hauptangebotes zugelassen.“

Mindestanforderungen für Nebenangebote wurden von der Antragsgegnerin nicht vorgegeben.

Im Leistungsverzeichnis wird auf Seite 23 verlangt: „Das Kontroll- und Regelnetzwerk ist in jedem Fall auf Basis der LONWORKS©Technologie auszuführen. Zugelassen sind nur LON Mark TM -konforme Geräte.“

„Durch den Einsatz des universell einsetzbaren, dezentralen Netzwerkes auf Basis von Lon-Works werden die verschiedenen, zusammenwirkenden Informationspunkte der BTA (Betriebstechnischen Anlagen) miteinander verbunden und verknüpft.“

Im Submissionstermin am 25.01.2005 lagen insgesamt 6 Angebote vor. Das Angebot der Antragstellerin zu 1) bestand aus einem Hauptangebot und einem Nebenangebot, die beide gewertet wurden. Die Antragstellerin zu 1) lag nach dem Submissionstermin und der rechnerischen Prüfung mit ihren Angeboten auf dem 2. (Nebenangebot) und 3. (Hauptangebot) Platz, während die mit Beschluss vom 13. Mai 2005 Beigeladene mit ihrem Angebot, das sie selbst als Nebenangebot bezeichnete, auf dem 1. Platz lag. Ein Hauptangebot –wie mit dem Leistungsverzeichnis vorgegeben- hatte die Beigeladene nicht abgegeben. Die Antragstellerin zu 2) lag mit ihrem Nebenangebot an vierter und mit ihrem Hauptangebot an fünfter Stelle.

Die Beigeladene führt in ihrem Anschreiben zum Angebot vom 20.01.2005 aus:

„Unser Nebenangebot beinhaltet die komplette Leistung wie ausgeschrieben auf der DDC Basis Fabrikat / System R+GA/SAIA-PCD. Als Busprotokoll ist der Industriebus RS485 Bestandteil des angebotenen Systems. Durch den Verzicht auf das LON-System ist es möglich, die Beleuchtung über das Normsignal XXXX anzusteuern.“

Zur Bewertung unseres Angebotes haben wir Ihnen unsere Firmenbroschüre und technische Unterlagen beigefügt, aus der Sie erste Informationen entnehmen können.“

Die Antragsgegnerin beabsichtigt, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen, nachdem sie die technische Gleichwertigkeit des Angebotes nach Aufklärung gemäß § 24 VOB/A festgestellt hatte. Mit Schreiben vom 22.04.2005 informierte sie die anderen Bieter.

Nachdem die Antragstellerin zu 1) mit Schreiben vom 22.04.2005 erfolglos den Ausschluss ihres Angebotes gerügt hatte, beantragte sie mit den Schriftsätzen vom 22.04.2005 und 27.04.2005 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer. Der Antrag wurde der Antragsgegnerin am 29.04.2005 zugestellt.

Die Antragstellerin zu 1) ist der Auffassung, sie habe das günstigste Hauptangebot abgegeben. Die Antragsgegnerin habe das Angebot der Beigeladenen unzulässigerweise gewertet, weil diese kein Hauptangebot abgegeben habe, sondern lediglich ein Nebenangebot. Zwar heiße es in Ziffer 4.3 der Bewerbungsbedingungen, dass Nebenangebote unter bestimmten Voraussetzungen auch ohne Hauptangebote zulässig seien. Allerdings werde im Vordruck „Aufforderung zur Abgabe eines Hauptangebots“ unter Ziffer 5.2.3 von der Sonderregelung Gebrauch gemacht, wonach abweichend von Ziffer 4.3 der Bewerbungsbedingungen, Nebenangebote nur unter der Voraussetzung der Abgabe eines Hauptangebotes zugelassen seien. Soweit der Beigeladenen der Zuschlag erteilt werden solle, würde ein Verstoß gegen § 25 Nr. 1 lit. d) VOB/A vorliegen.

Nach der Akteneinsicht trägt die Antragstellerin zu 1) vor, aus den Aufklärungsverhandlungen lasse sich ersehen, dass hier kein Fall des § 21 Nr. 2 VOB/A vorliege, sondern das Angebot der Beigeladenen tatsächlich ein Nebenangebot gewesen sei. Im Leistungsverzeichnis sei ein sogenanntes LON-Netzwerk mit LON-Mark-Konformität gefordert worden. Die Beigeladene habe aber innerhalb der Angebotsfrist keine LON-Netzwerk-basierende technische Konfiguration entsprechend dem Leistungsverzeichnis angeboten, sondern - so behauptet die Antragstellerin zu 1)- diese Anforderungen erst im Laufe der Aufklärungsverhandlungen geändert. Weiterhin habe sie statt Ethernet (Backbone) einen 485-Bus-Server einsetzen wollen und auch die Leuchtenregulierung DALI – eine LON-basierende Leuchtensteuerung- sei von der Beigeladenen zunächst nicht angeboten worden. Erst im Laufe der Aufklärung habe die Beigeladene diese Vorgaben erfüllt, so dass sie insofern unzulässigerweise ein neues Angebot vorgelegt habe. Auch aus dem Anschreiben der Beigeladenen vom 20.01.2005, mit dem sie ihr Angebot der Antragsgegnerin übersandte, könne geschlossen werden, dass wesentliche Leistungsgegenstände im Nachhinein ausgetauscht wurden. Bei dem Angebot handele es sich tatsächlich um ein Nebenangebot.

Die Antragstellerin zu 1) trägt weiterhin vor, dass sie mit ihrem Angebot alle Anforderungen des Leistungsverzeichnisses eingehalten habe und die Behauptungen der Antragstellerin zu 2) insoweit unsubstantiiert seien und ins Blaue hinein gemacht wurden.

Im Übrigen gehe sie davon aus, dass die Antragstellerin zu 2) wegen ihrer Rangplätze nicht antragsbefugt sei.

Die Antragstellerin zu 1) beantragt,

1. die Zuschlagserteilung ohne Berücksichtigung derjenigen Nebenangebote zu erteilen, die ohne Hauptangebot abgegeben wurden,
2. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin zu 1) nach § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären,
3. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin zu 1) aufzuerlegen.

Die Antragstellerin zu 2) rügte mit Schreiben vom 24.02. und 27.02.2005 die geplante Vergabe an die Antragstellerin zu 1) und die Beigeladene und beantragte am 17.05.2005 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens wegen derselben Ausschreibung. Der Nachprüfungsantrag wurde der Antragsgegnerin am 19.05.2005 zugestellt; das Verfahren wurde unter entsprechender Anwendung des § 147 ZPO zur gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung mit dem bereits laufenden Nachprüfungsverfahren verbunden und unter dem Aktenzeichen VK 12/05 weitergeführt.

Die Antragstellerin zu 2) meint, dass sowohl das Angebot der Beigeladenen als auch das Angebot der Antragstellerin zu 1) von der Wertung auszuschließen sei.

Das Angebot der Beigeladenen sei auszuschließen, weil diese kein Hauptangebot abgegeben habe, obwohl das nach den Ausschreibungsunterlagen erforderlich gewesen sei. Das von der Beigeladenen abgegebene Angebot weise auch nicht die Qualität eines Hauptangebotes auf, weil nicht nur eine Leistung angeboten werde, die von den technischen Spezifikationen abweiche, so dass ein Fall des § 21 Nr. 2 VOB/A vorliege; nur derartig angebotene Leistungen würden dem § 25 Nr. 4 VOB/A unterfallen und könnten somit als Hauptangebot gewertet werden. Die Eigenschaft als Hauptangebot behalte ein Angebot nur dann, wenn trotz der Änderung der technischen Spezifikationen es keine technisch/konzeptionellen Abweichungen

zur geforderten Leistung aufweist und auch im Übrigen gleichwertig ist. Ansonsten sei das Angebot stets als Nebenangebot zu qualifizieren. Dies sei bei dem Angebot der Beigeladenen der Fall. Darüber hinaus fehle dem Angebot auch die eindeutige Benennung der Änderungen und der Nachweis der Gleichwertigkeit bei der Angebotsabgabe. Eine nachträgliche Nachweisführung sei unzulässig.

Zudem behauptet die Antragstellerin zu 2), das Nebenangebot der Beigeladenen sei nicht gleichwertig, weil dies nicht dem geforderten Leistungsumfang entspreche.

Weiterhin meint sie, das Angebot der Antragstellerin zu 1) sei auszuschließen, weil es nicht die Vorgaben des Leistungsverzeichnisses erfülle; Änderungen an den Verdingungsunterlagen würden zum Ausschluss eines Angebotes führen. In der Leistungsbeschreibung sei verbindlich gefordert worden, dass das Kontroll- und Regelnetzwerk auf der Basis der Lonworks ® Technologie auszuführen sei. Die Antragstellerin zu 1) habe in ihrem Hauptangebot abweichend vom Leitfabrikat keine gleichwertigen Alternativfabrikate angeboten, weil die von der Antragstellerin zu 1) angebotenen Produkte entweder über keine Lon-Kommunikation verfügen oder die geforderten Eigenschaften nicht besitzen würden. Es handele sich insbesondere um die Rauchauslöseeinrichtung (Pos. 8.1.42, 8.1.55, 8.1.66), die Überwachung der Brandschutzklappen sowie der Rauchmelder (Pos. 8.1.42, 8.1.56, 8.1.67), dem Lon-Anwendungscontroller (Pos. 8.5.1) und der GLT –Software (Pos. 8.8.4).

Die Antragstellerin zu 2) behauptet, das Angebot der Antragstellerin zu 1) erfülle diese Vorgaben und Anforderungen des Leistungsverzeichnisses nicht. Wenn aber das Hauptangebot der Antragstellerin zu 1) nicht gewertet werden dürfe, dann könne auch ihr Nebenangebot nicht berücksichtigt werden.

Das Angebot der Antragstellerin zu 1) dürfe auch deshalb nicht berücksichtigt werden, weil dies um über 10 % von den übrigen Angebotspreisen abweiche und auf Angebote mit einem unangemessen niedrigen Preis dürfe der Zuschlag ebenfalls nicht erteilt werden.

Die Antragstellerin zu 2) behauptet zudem, das Angebot der Antragstellerin zu 1) sei auszuschließen, weil in mehreren Positionen des Leistungsverzeichnisses Leitfabrikate gefordert wurden und die Antragstellerin zu 1) lediglich Alternativfabrikate angeboten habe, deren Gleichwertigkeit sie nicht schon mit dem Angebot nachgewiesen habe.

Die Antragstellerin zu 2) meint, sie sei antragsbefugt, weil ihr ein Schaden drohe, wenn der Zuschlag entweder auf das Angebot der Antragstellerin zu 1) oder der Beigeladenen erfolge, weil beide Bieter mit ihren Haupt- und Nebenangeboten von der Wertung auszuschließen seien.

Die Antragstellerin zu 2) beantragt,

1. der Antragsgegnerin zu untersagen, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen,
2. eine Neubewertung der Angebote unter Berücksichtigung entsprechender Maßgaben der Vergabekammer anzuordnen,
3. hilfsweise sonstige geeignete Maßnahmen zu treffen, um die von der Vergabekammer festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen,
4. festzustellen, dass die Antragsgegnerin der Antragstellerin zu 2) die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten zu erstatten hat,

5. festzustellen, dass für die Antragstellerin zu 2) die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten notwendig war.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Anträge zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin meint, das Angebot der Beigeladenen sei zulässigerweise entgegen der Rechtsauffassung der Antragstellerinnen nach § 25 Nr. 4 VOB/A gewertet worden, da es den Voraussetzungen des § 21 Nr. 2 VOB/A entsprochen habe.

Nach abschließender technischer Angebotsklärung im Rahmen des § 24 Nr. 1 VOB/A weise das Angebot der Beigeladenen gegenüber den wesentlichen Leistungsmerkmalen der Ausschreibung keine technischen / konzeptionellen Abweichungen auf. Die wesentlichen Leistungsmerkmale der Ausschreibung seien der Systemaufbau mit Ethernet- Backbone, dezentraler Aufbau, Aufschaltung der Beleuchtung über DALI und Integration der LON-Pumpen. Es habe damit die Eigenschaften eines Hauptangebotes erreicht. Die wirkliche Abweichung der technischen Spezifikation sei eindeutig und beziehe sich lediglich auf untergeordnete Leistungsmerkmale.

Hinsichtlich des Angebots der Antragstellerin zu 1) trägt die Antragsgegnerin vor, dass der preisliche Abstand zwischen den Angeboten der beiden Antragstellerinnen nach der rechnerischen Prüfung unter 10 % liege. In der rechnerischen Prüfung des Angebots der Antragstellerin zu 1) sei aufgefallen, dass diese den Titel 8 nicht in die Gesamtsumme eingerechnet habe. Dieser Rechenfehler sei bei der Angebotsprüfung korrigiert worden.

Im Übrigen erfülle das Angebot der Antragstellerin zu 1) in den Positionen 8.2.1 ff, 8.5.1 ff und 8.8 ff die verbindlichen technischen Vorgaben; insbesondere seien dort LONMARK-konforme Geräte angeboten worden.

Weiterhin meint die Antragsgegnerin, die Antragstellerin zu 2) sei nicht antragsbefugt, weil sie mit ihrem Nebenangebot an 4. Rangstelle und mit ihrem Hauptangebot sogar nur an 5. Rangstelle liege. Selbst wenn es gelingen sollte, das Angebot der Beigeladenen auszuschließen, habe die Antragstellerin zu 2) keine Chance, den Zuschlag zu erhalten, weil sowohl das Neben- als auch das Hauptangebot der Antragstellerin zu 1) preislich günstiger seien.

Die Beigeladene hat keinen Antrag gestellt.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 113 Abs. 1 GWB bis zum 24.06.2005 verlängert. Am 14.06.2005 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Akte der Vergabekammer, auf die Vergabeakten der Antragsgegnerin und auf die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

II.

Die Vergabekammer Münster ist für die Entscheidung zuständig, weil die Antragsgegnerin der mittelbaren Landesverwaltung angehört und von ihr zu vergebene Aufträge damit dem Land Nordrhein-Westfalen zuzurechnen sind (§ 104 Abs. 1 GWB) und die Antragsgegnerin als Vergabestelle ihren Sitz im Regierungsbezirk Münster hat (§ 2 Abs. 3 ZuStVO NpV NW).

Der geschätzte Auftragswert für die ausgeschriebenen Leistungen beträgt ca. 550.000 Euro incl. MWSt., wobei der Gesamtauftragswert für die Gesamtbaumaßnahme unstreitig den nach § 100 Abs. 1 GWB in Verbindung mit § 2 Nr. 4 und § 3 Abs. 1 VgV maßgeblichen Schwellenwert übersteigt. Durch die Festlegung auf ein Vergabekammerverfahren hat die Antragsgegnerin nach § 2 Nr. 7 VgV zu verstehen gegeben, dass sie das im Streit stehende Los dem 80 % Kontingent (§ 1a Nr. 1 Abs. 2 VOB/A) zurechnet.

Den Nachprüfungsanträgen wird stattgegeben. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, die Wertung der Angebote hinsichtlich der Gebäudeautomation unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen und dabei das Nebenangebot der Beigeladenen unberücksichtigt zu lassen.

1. Die Nachprüfungsanträge sind zulässig.

a) Die Antragstellerin zu 1) ist antragsbefugt im Sinne von § 107 Abs. 2 GWB, weil sie mit der Vorlage ihres Angebots ihr Interesse am Auftrag bekundete und ihr aufgrund des Rangplatzes ein Schaden droht, wenn das Angebot der erstplatzierten Beigeladenen unzulässigerweise in der Wertung verbleibt.

Offensichtliche Anhaltspunkte dafür, dass die Antragstellerin zu 1) Änderungen an den Verdingungsunterlagen vorgenommen hat, liegen hier nicht vor. Da das Interesse am Auftrag weit auszulegen ist (BVerfG, Beschluss vom 29.07.2004, 2 BvR 2248/03), ist jedenfalls im Rahmen der Zulässigkeit nicht abschließend zu prüfen, ob ein Angebot eines Bieters tatsächlich auszuschließen ist.

Mit Schreiben vom 22.04.2005 hat die Antragstellerin zu 1) unverzüglich im Sinne von § 107 Abs. 3 GWB gerügt, nachdem ihr die Antragsgegnerin mit Fax vom gleichen Tage mitgeteilt hatte, dass ihr Angebot nicht bezuschlagt werde.

b) Die Antragstellerin zu 2) ist antragsbefugt, weil sie ein Angebot vorgelegt hat und ihr ein Schaden droht, wenn das Angebot der erstplatzierten Beigeladenen unzulässigerweise gewertet wird. Sollte das Hauptangebot der Antragstellerin zu 1) Änderungen an den Verdingungsunterlagen enthalten, so wäre auch dieses Angebot nicht zu werten, so dass die Antragstellerin zu 2) damit auf den ersten Rang vorrücken würde und sie mithin reelle Chancen auf Erteilung des Zuschlags hätte. Sollte das Angebot der Antragstellerin zu 1) ordnungsgemäß sein, könnte die Antragsgegnerin sich dennoch für das Nebenangebot der Antragstellerin zu 2) entscheiden, wenn sie dies für wirtschaftlicher hält. Insofern hat auch die Antragstellerin zu 2) -unabhängig von dem Angebot der Antragstellerin zu 1)- im Falle einer Neuwertung der Angebote durch die Antragsgegnerin und dem Ausschluss der Beigeladenen noch reelle Chancen auf Erteilung des Zuschlags. Auch hier gilt, dass das Interesse am Auftrag weit auszulegen ist (BVerfG, Beschluss vom 29.07.2004, 2 BvR 2248/03) und im Rahmen der Zulässigkeit nicht abschließend geprüft wird, ob das Angebot eines Bieters wegen fehlender Antragsbefugnis tatsächlich auszuschließen ist.

Mit Schreiben vom 24.02. und 27.04. 2005 hatte die Antragstellerin zu 2) die im Streit stehenden Vergabeverstöße gegenüber der Antragsgegnerin auch unverzüglich gerügt; diese Gesichtspunkte wiederholt sie in ihrer Antragschrift.

2. Die Nachprüfungsanträge sind begründet, soweit der Ausschluss des Angebotes der Beigeladenen von der Wertung gefordert wird.

Gemäß § 97 Abs. 7 GWB haben Unternehmen Anspruch darauf, dass der öffentliche Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält. Das Angebot der Beigeladenen ist hier unzulässigerweise von der Antragsgegnerin in der Wertung belassen worden.

Da die Beigeladene kein Hauptangebot vorlegte, durfte das von ihr vorgelegte Nebenangebot unter Berücksichtigung der Verdingungsunterlagen nicht gewertet werden. Es handelte sich tatsächlich auch um ein Nebenangebot und nicht um ein Angebot, das nach § 21 Nr. 2 VOB/A wie ein Hauptangebot gemäß § 25 Nr. 4 VOB/A zu werten war.

a) Das Angebot der Beigeladenen erfüllt nicht die Voraussetzungen des § 21 Nr. 2 VOB/A und durfte deshalb auch nicht nach § 25 Nr. 4 VOB/A gewertet werden.

Gemäß § 21 Nr. 2 VOB/A darf eine Leistung, die von den vorgesehenen technischen Spezifikationen abweicht, angeboten werden, wenn sie mit dem geforderten Schutzniveau in Bezug auf Sicherheit, Gesundheit und Gebrauchstauglichkeit gleichwertig ist. Die Abweichung muss im Angebot eindeutig bezeichnet sein. Die Gleichwertigkeit ist mit dem Angebot nachzuweisen. Nach § 25 Nr. 4 VOB/A ist ein Angebot nach § 21 Nr. 2 VOB/A wie ein Hauptangebot zu werten.

Das Angebot der Beigeladenen unterfällt nicht dem § 21 Nr. 2 VOB/A und erfüllt darüber hinaus auch nicht die formalen Anforderungen dieser Vorschrift.

aa) Der Begriff „technische Spezifikation“ wird unterschiedlich verwendet. Teilweise werden die konkreten technischen Anforderungen im Leistungsverzeichnis als „technische Spezifikationen“ angesehen, teilweise werden allerdings darunter nur die technischen Regelwerke verstanden (vgl. hierzu OLG Brandenburg, Beschluss vom 20.08.2002, Verg W 6/02; OLG Koblenz, Beschluss vom 15.05.2003, 1 Verg 3/03).

Ausgehend von der Entscheidung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.10.2004, Verg 56/04, hält es die Kammer für richtig, dass § 21 Nr. 2 VOB/A sich nur auf technische Anforderungen zur Qualität, Tauglichkeit und Sicherheit im Sinne von § 9 Nr. 4 VOB/A in Verbindung mit dem Anhang TS –Technische Spezifikationen– bezieht und eine technische Spezifikation in dem Sinne nur vorliegt, wenn die Leistung anhand von allgemein formulierten, standardisierten technischen Vorgaben beschrieben wird. Es muss sich also um allgemeine Vorschriften oder Normen handeln, auf die Bezug genommen wird. Denn ansonsten würde jede technische Abweichung von den Vorgaben der Leistungsbeschreibung eine technische Spezifikation darstellen und der § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A würde dann keinen eigenen Anwendungsbereich mehr neben dem § 21 Nr. 2 VOB/A haben.

Die Antragsgegnerin hat hier mit ihrer Leistungsbeschreibung nicht auf allgemeine Normen oder Regelwerke Bezug genommen, sondern eine detaillierte und auf das konkrete Gewerk abgestellte technische Beschreibung gemacht.

Insofern liegt schon kein Anwendungsfall des § 21 Nr. 2 VOB/A vor; vielmehr sind Abweichungen vom Leistungsverzeichnis der Antragsgegnerin als Nebenangebote oder Änderungsvorschläge einzuordnen.

bb) Unabhängig davon, hat die Beigeladene in ihrem Angebot – so wie dies § 21 Nr. 2 VOB/A fordert- etwaige Abweichungen nicht eindeutig bezeichnet und auch den Nachweis der Gleichwertigkeit mit dem Angebot nicht geführt.

Die Beigeladene bezeichnet ihr Angebot selbst als technisches Nebenangebot (ohne Abgabe eines Hauptangebotes) und führt dazu aus:

„Unser Nebenangebot beinhaltet die komplette Leistung wie ausgeschrieben auf der DDC Basis Fabrikat/System R+GA/SAIA-PCD. Als Busprotokoll ist der Industriebus RS485 Bestandteil des angebotenen Systems. Durch den Verzicht auf das LON System ist es möglich, die Beleuchtung über das Normsignal anzusteuern.“

In der Leistungsbeschreibung wird gefordert, dass das Kontroll- und Regelnetzwerk auf jeden Fall auf der Basis der LONWORKS®Technologie zu erfolgen habe. Das Angebot der Beigeladene weicht von dieser technischen Vorgabe ab. Sie hat auf das LON-System verzichtet und statt dessen eine Leistung auf der DDC Basis angeboten. Das LON-System ist mit anderen Systemen kompatibel, während das DDC System nur mit bestimmten Markenprodukten betrieben werden kann.

Dass die Beigeladene im Rahmen der Aufklärung nach § 24 VOB/A mit der Vorlage von Systemschemas, die sie als Anlage ihren Schreiben vom 07. und 08.03.2005 beifügte, letztlich die funktionalen Anforderungen aus der Ausschreibung erfüllte, weil sie nunmehr LON-Router und DALI Controller angeboten hat, kann dahin stehen. Denn zu prüfen sind die Angebote im Zeitpunkt der Submission; durch die Aufklärung dürfen Angebote nicht verändert werden. Insofern sind alle Veränderungs- oder Ergänzungsvorschläge, die sich im Rahmen der Aufklärung ergeben, unbeachtlich.

Die technische Gleichwertigkeit ihres Angebotes hat die Beigeladene auch nicht zusammen mit dem Angebot nachgewiesen.

Die Firmenbroschüre und der allgemeine Produktkatalog reichten hier jedenfalls nicht aus, um die technische Gleichwertigkeit des Angebots festzustellen. Die Firmenbroschüre ist hinsichtlich technischer Einzelheiten nicht aussagekräftig. Aber auch der Produktkatalog ist kein Nachweis im Sinne von § 21 Nr. 2 VOB/A. Dieser enthielt hier eine Vielzahl von Produktangaben und technischen Daten zu allen möglichen Produktvarianten und Typen, die dem System zugeordnet werden und eingebaut werden könnten. Welche konkreten Typen mit dem in der Leistungsanforderung geforderten technischen Daten vergleichbar und gleichwertig sind, ergab sich daraus nicht. Es gibt keine Verbindung zwischen dem Produktkatalog, dem Leistungsverzeichnis und dem Angebot der Beigeladenen. Vielmehr blieb es der Antragsgegnerin überlassen, sich die Angaben selbst aus dem Produktkatalog herauszusuchen und mit dem Angebot der Beigeladenen abzugleichen.

Dies hat die Antragsgegnerin offensichtlich ebenfalls so gesehen. Denn sie verlangte mit Schreiben vom 08.02.2005 im Rahmen der nach § 24 VOB/A möglichen Aufklärung, dass die Beigeladene ihr Angebot u.a. in technischer Hinsicht erläutere. Sie forderte die Beigeladene auf, ein aussagekräftiges Netzwerkschema zu übersenden, aus dem u.a. die Funktionsweise sämtlicher Netzwerkkomponenten hervorgehen müsse. Die Antragsgegnerin fragte auch, wie

die Beigeladene die gemäß Leistungsverzeichnis geforderten Funktionen für Heizen, Beleuchtung, Präsenz, Verschattung, Fensterantrieb etc. – mit dem angebotenen System- realisieren wolle.

Die Beigeladene hat mit Schreiben vom 22.02.2005 und weiteren Schreiben die Fragen der Antragsgegnerin beantwortet. Die Antragsgegnerin hat letztlich unter Auswertung dieser Schreiben trotz des Entfalls der LON-BUS Geräte keine funktionalen Einschränkungen festgestellt und mithin das Angebot der Beigeladenen als gleichwertig anerkannt und gewertet. Auch weitere technische Gesichtspunkte wurden erst im Rahmen der Aufklärung von der Antragsgegnerin hinterfragt, bis dass sie letztlich zu der Auffassung gelangte, dass das von der Beigeladenen vorgelegte Angebot der Qualität der Ausschreibung entsprach.

Die Aufklärungsverhandlungen mit der Beigeladenen belegen, dass sie zusammen mit ihrem Angebot –so wie dies in § 21 Nr. 2 VOB/A gefordert wird- jedenfalls keinen Nachweis über die technische Gleichwertigkeit vorgelegt hatte. Nach § 21 Nr. 2 VOB/A ist die Gleichwertigkeit des „Angebots“ aber bereits mit dem Angebot nachzuweisen. Ansonsten kann es nicht wie ein Hauptangebot gewertet werden. Erfolgt dies nicht, so kommt insofern schon keine Wertung nach § 25 Nr. 4 in Verbindung mit § 21 Nr. 2 VOB/A in Frage (in diesem Sinne BayObLG, Beschluss vom 21.11.2001, Verg 17/01 und OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.04.2003, Verg 69/02). Die Aufklärung nach § 24 VOB/A ist unbeachtlich, weil eine nachträgliche Nachweisführung unzulässig ist (VK Nordbayern, Beschluss vom 15.02.2002, 320 VK-3194-02/02).

Da das Angebot der Beigeladenen auch formal die Voraussetzungen des § 21 Nr. 2 VOB/A nicht erfüllte, konnte es auch deshalb nicht nach § 25 Nr. 4 VOB/A wie ein Hauptangebot gewertet werden.

b) Dem Angebot der Beigeladenen fehlte im Submissionszeitpunkt zwar der Nachweis der Gleichwertigkeit. Im Rahmen der Aufklärung nach § 24 VOB/A ist diese aber von der Antragsgegnerin festgestellt worden. Insofern hätte die Antragsgegnerin das Angebot der Beigeladenen nach § 25 Nr. 5 VOB/A als Nebenangebot werden können.

Dem steht jedoch der zwingende Ausschlussgrund des § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. d) VOB/A entgegen. Ausgeschlossen werden Änderungsvorschläge und Nebenangebote, wenn der Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen erklärt, dass er diese nicht zulässt.

Die Antragsgegnerin hat für alle Bieter verbindlich in Ziffer 5.2.3 ihrer Aufforderung zur Angebotsabgabe vorgeschrieben, dass abweichend von der Ziffer 4.3 der Bewerbungsbedingungen, die sich auf technische Nebenangebote bezieht, Nebenangebote nur unter der Voraussetzung der Abgabe eines Hauptangebotes zugelassen werden.

Die Beigeladene hat kein Hauptangebot abgegeben, sondern lediglich ein Nebenangebot. Dieses Nebenangebot musste die Antragsgegnerin folglich zwingend nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. d) VOB/A ausschließen.

c) Vorsorglich weist die Kammer darauf hin, dass auch die geforderte Tariftreueerklärung für den Nachunternehmer dem Angebot der Beigeladenen nicht beigelegt war. Ausweislich des Angebots sollten die Elektroinstallationsarbeiten von einem Nachunternehmer ausgeführt werden. Wie bereits mit Beschluss der Kammer vom 20.04.2005, VK 6/05, ausgeführt, tendiert die Kammer –trotz der gegenteiligen Ausführungen im Vordruck „Tariftreueerklärung“- zu der Auffassung, dass die Angebote im Zeitpunkt des Submissionstermins annahme-

fähig sein müssen. Eine wie auch immer geartete einseitige Dispositionsmöglichkeit des Bieters über sein Angebot darf es nach der VOB/A nicht geben, weil ansonsten der Gleichbehandlungsgrundsatz tangiert sein kann (so auch BayObLG, Beschluss vom 19.03.2002, Verg 2/02).

d) Bei dieser Sachlage lässt es die Kammer dahingestellt, ob das Angebot der Beigeladenen auch nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b) VOB/A auszuschließen war, weil –so behauptet die Antragstellerin zu 2)- im Angebot der Beigeladenen von den verbindlichen Vorgaben der Leistungsbeschreibung abgewichen wurde. Dies wäre nur noch ein weiterer zwingender Ausschließungsgrund.

e) Die Kammer lässt hier ebenfalls dahingestellt, ob das Nebenangebot der Beigeladenen überhaupt gewertet werden durfte, weil die Antragsgegnerin keine Mindestanforderungen für Nebenangebote in ihren Verdingungsunterlagen aufgenommen hatte.

3. Die Angebote der Antragstellerinnen sind vergabefehlerfrei von der Antragsgegnerin gewertet worden und können auch bei einer neuen Wertung berücksichtigt werden.

a) Das Angebot der Antragstellerin zu 1) ist von der Antragsgegnerin ordnungsgemäß gewertet worden; Vergaberechtsverstöße sind insoweit nicht erkennbar. Da keine Ausschlussgründe vorliegen, kann das Angebot der Antragstellerin zu 1) auch bei einer Neuwertung mitberücksichtigt werden.

aa) Das Angebot der Antragstellerin zu 1) war nicht nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b) VOB/A von der Wertung auszuschließen. Denn das Angebot weicht nicht von den verbindlichen Vorgaben des Leistungsverzeichnisses ab.

Nach dem Vortrag der Antragsgegnerin liegen keinerlei Abweichungen von den verbindlichen technischen Vorgaben vor. Es werden LONMARK-konforme Geräte angeboten.

In den konkret im Streit stehenden Positionen 8.1.42, 8.1.55, 8.1.66 (Rauchauslöseeinrichtung Lon) und 8.1.43, 8.1.56, 8.1.67 (Überwachung der Brandschutzklappen und Rauchmelder) hat die Antragstellerin zu 1) das Leitfabrikat angeboten. In der Pos. 8.5.1 wurde als Alternativfabrikat nicht ein WAGO-Controller angeboten, sondern das System „Spega“, das die Voraussetzungen der Leistungsbeschreibung nach Ansicht der Antragsgegnerin aber ebenfalls erfüllt.

Auch das in der Pos. 8.8.4 angebotene Fabrikat erfüllt die Voraussetzungen der Ausschreibung. Der OPC Server – so führte die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung aus-ermögliche den Rückgriff auf die LNS Datenbanken bzw. auf das Lon-System. Das sei auch – so wie auf Seite 183 des LV gefordert- eine direkte Anbindung. Es wäre lediglich zusätzlich eine Programmierung vorzunehmen, aber damit würde dann ein unmittelbarer Zugriff auf das Lon-System möglich sein.

bb) Dem Angebot der Antragstellerin zu 1) fehlten auch keine Gleichwertigkeitsnachweise hinsichtlich der von ihr angebotenen Alternativfabrikate im Sinne von § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b) in Verbindung mit § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A. Danach sollen die Angebote nur die Preise und die geforderten Erklärungen enthalten.

Die Antragsgegnerin hat an mehreren Stellen im Leistungsverzeichnis ein bestimmtes Fabrikat angegeben oder ein gleichwertiges Fabrikat gefordert. Für die Frage der Gleichwertigkeit eines angebotenen Fabrikats im Verhältnis zum ausgeschriebenen Fabrikat ist in erster Linie

auf die sonstige allgemeine Leistungsbeschreibung abzustellen; denn mit ihr bringt der Auftraggeber für die Bieter erkennbar zum Ausdruck, auf welche Leistungsmerkmale es ihm wesentlich ankommt (BayObLG, Beschluss vom 29.04.2002, Verg 10/02). Soweit die Vergabestelle die Angaben in einem Angebot für ausreichend hält und zu der Schlussfolgerung gelangt, dass das angebotene Alternativfabrikat der Leistungsbeschreibung entspricht und sich im Übrigen auch keine Anhaltspunkte aus der Vergabeakte ergeben, die diese Beurteilungsentscheidung der Vergabestelle als sachwidrig erscheinen lassen, bestehen keine Bedenken gegen die Berücksichtigung des Angebotes.

Denn nach § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A ist es nicht erforderlich, dass die Gleichwertigkeit des vom Bieter angebotenen Produkts mit dem Angebot nachgewiesen wird (Franke, Kemper, Zanner, Grünhagen, Kommentar zur VOB, 2. Auflage, § 9 Rd. 124; Heiermann, Riedl, Rusam, Handkommentar zur VOB, 10. Auflage, § 9 Rd. 118). Vielmehr kann die Vergabestelle sich die Gleichwertigkeit des angebotenen Produktes (Alternativproduktes) auch noch im Laufe eines Vergabeverfahrens nachweisen lassen und entsprechende Aufklärungsgespräche nach § 24 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A mit dem Bieter führen. Allerdings ist die Vergabestelle dazu nicht verpflichtet.

Demgegenüber bezieht sich der von der Antragstellerin zu 2) genannte Beschluss der VK Sachsen (Beschluss vom 08.07.2004, 1 SVK/042-04) auf Angebote im Sinne von § 21 Nr. 2 VOB/A, wonach Angebote, die von den vorgesehenen technischen Spezifikationen abweichen, auszuschließen sind, wenn deren Gleichwertigkeit nicht mit dem Angebot nachgewiesen wird. Wie bereits dargelegt, konnte hier § 21 Nr. 2 VOB/A nicht zugrundegelegt werden, weil es eine detaillierte technische Leistungsbeschreibung gibt und eben nicht nur auf allgemeine standardisierte Regelwerke Bezug genommen wird.

cc) Das Angebot der Antragstellerin zu 1) war auch nicht nach § 25 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A wegen eines unangemessen niedrigen Preises von der Wertung auszuschließen.

Die Kammer lässt es hier dahingestellt, ob eine Preisdifferenz von über 10 % vorliegt. Denn Gegenstand der Rüge der Antragstellerin zu 2) waren die Preise, die im Submissionsprotokoll ausgewiesen waren. Nach der fachtechnischen und rechnerischen Prüfung, bei der festgestellt wurde, dass die Antragstellerin zu 1) den Titel 8 nicht in die Gesamtsumme eingerechnet hatte, lag die Preisdifferenz unter 10 %.

Darüber hinaus ist es dem öffentlichen Auftraggeber nicht verwehrt, auch so genannte Unterkostenpreise bei einer Auftragsvergabe zu akzeptieren. Auch bei Unterstellung eines ungewöhnlich niedrigen Preisangebots und der Annahme, dass die Bestimmung des § 25 Nr. 3 VOB/A bieterschützenden Charakter hat, müsste festgestellt werden, dass die Antragstellerin zu 1) mit ihrem Preisangebot die zielgerichtete Absicht verfolgt, die Antragstellerin zu 2) vom Markt (und nicht nur aus der hier anstehenden Auftragsvergabe) ganz zu verdrängen oder ihr Angebot müsste zumindest die objektive Gefahr einer derartigen Marktverdrängung begründen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04.09.2002, Verg 37/02). Derartige Anhaltspunkte liegen hier nicht vor und es ist auch nicht zulässig, ohne weiteres von der Höhe des Preisangebots der Antragstellerin zu 1) auf die Gefahr einer Marktverdrängungsabsicht zu schließen.

dd) Vollständigkeitshalber weist die Kammer darauf hin, dass die Antragstellerin zu 1) für bestimmte Arbeiten den Einsatz eines Nachunternehmers vorgesehen hat. Sie hat bereits mit ihrem Angebot die verlangte Tariftreueerklärung auch für den vorgesehenen Nachunternehmer eingereicht.

Im Ergebnis bestehen insofern keine Anhaltspunkte für den Ausschluss des Angebots der Antragstellerin zu 1).

b) Das Angebot der Antragstellerin zu 2) ist ebenfalls nicht zu beanstanden. Ausschließungsgründe liegen nicht vor. Die Antragstellerin zu 2) beabsichtigt, einen Nachunternehmer einzusetzen. Den Vordruck für den Nachunternehmer hat sie ausgefüllt ihrem Angebot beigelegt.

4. Die Angebote der Antragstellerinnen sind allerdings nicht vollständig. Denn die Antragsgegnerin hat mit ihrem Vordruck „Aufforderung zur Abgabe eines Angebots“ unter Ziffer 3. gefordert:

Mit dem Angebot sind vorzulegen

- Liste der in den letzten 3 Geschäftsjahren ausgeführten vergleichbaren Leistungen,
- Aufstellung der zur Verfügung stehenden technischen Ausrüstungen sowie Fachpersonal,
- Nachweis Berufsregister.

Diese Nachweise lagen den Angeboten nicht bei, und zwar auch nicht dem Angebot der Firma, die an dem Nachprüfungsverfahren nicht beteiligt ist und auch nicht dem Angebot der Beigeladenen. Ob diese möglicherweise bereits mit der Anforderung der Ausschreibungsunterlagen vorgelegt wurden, weil nach Abschnitt III 2.1) diese Unterlagen als Bedingungen für die Teilnahme gefordert waren, lässt sich anhand der Vergabeakte nicht feststellen. Auch auf den entsprechenden Hinweis der Kammer vom 19.05.2005 an die Antragsgegnerin erfolgte diesbzgl. keine Reaktion. Die Antragsgegnerin reichte lediglich die Rügen der Antragstellerin zu 2) im Original nach.

Der BGH hat wiederholt ausgesprochen (Beschluss vom 18.02.2003, X ZB 43/02 und Beschluss vom 18.05.2004, X ZB 7/04) dass Angebote, die nach den Verdingungsunterlagen geforderte Erklärungen nicht enthalten, zwingend von der Wertung und der Vergabe auszuschließen sind. Dies gilt nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.05.2003, Verg 20/03, auch dann, wenn die fachliche Leistungsfähigkeit nicht in der nach den Verdingungsunterlagen gebotenen Art und Weise nachgewiesen wurde (zu § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A).

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz –Ausschluss bei Unvollständigkeit des Angebotes– wird in der Rechtsprechung nur für den Fall zugelassen, dass der öffentliche Auftraggeber bei gebührender Beachtung des als verletzt gerügten Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht nur das Angebot des Antragstellers, sondern gleichermaßen auch alle anderen tatsächlich in die Wertung gelangten Angebote hätte ausschließen und (zum Beispiel) ein neues Vergabeverfahren hätte durchführen müssen. Das Gebot, die Bieter gleich zu behandeln (§ 97 Abs. 2 GWB), verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber, solche Angebote, die vergaberechtlich an demselben (gleichartigen) Mangel leiden, vergaberechtlich gleich zu behandeln (in diesem Sinne OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.12.2004, Verg 47/04). Dies muss konsequenterweise auch dann gelten, wenn sich erst im Nachprüfungsverfahren herausstellt, dass Angebote aus anderen als den im Nachprüfungsverfahren zur Überprüfung gestellten Gründen von der Wertung auszuschließen sind (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.12.2004, Verg 48/04).

Das ist hier der Fall. Die Angebote der noch in der Wertung verbliebenen Unternehmen leiden unter demselben Mangel, weil die von der Antragsgegnerin geforderten Eignungsnachweise allen eingereichten Angeboten nicht beigelegt waren. Zumindest befinden sich diese Nach-

weise nicht in den Vergabeunterlagen. Insofern führt die Unvollständigkeit der Angebote hier nicht zum Ausschluss von der Wertung.

5. Bei der erneuten Wertung darf die Antragsgegnerin auch die eingereichten Nebenangebote berücksichtigen, obwohl sie weder in der Vergabebekanntmachung noch in der Leistungsbeschreibung Mindestanforderungen für Nebenangebote aufgestellt hat.

Nach Art. 19 der Baukoordinierungsrichtlinie hat der öffentliche Auftraggeber in seinen Verdingungsunterlagen, Mindestanforderungen für Änderungsvorschläge zu formulieren, wenn eine Auftragsvergabe an das wirtschaftlichste Angebot vorgesehen ist. Erfolgt dies nicht, ist der Änderungsvorschlag bzw. das Nebenangebot nicht zu werten (EuGH, Beschluss vom 16.10.2003, Rs C-421/01). Denn dann ist nicht feststellbar, ob ein Nebenangebot eine technisch und qualitativ gleichwertige Leistungsvariante darstellt und die Grundsätze der Gleichbehandlung der Angebote und der Transparenz des Vergabeverfahrens gewahrt sind (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.04.2005, Verg 23/05).

Das Fehlen dieser Mindestanforderungen für Nebenangebote ist aber von keiner Partei vor der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens gerügt worden. Würde dieser Vergaberechtsverstoß noch im laufenden Vergabenachprüfungsverfahren gerügt, wäre die Partei mit ihrem Vorbringen präkludiert (§ 107 Abs. 3 GWB), weil dieser Fehler anhand der Verdingungsunterlagen ohne weiteres erkennbar war (vgl. dazu VK Münster, Beschluss vom 18.01.2005, VK 32/04).

Die Vergabekammer ist nicht berechtigt, von Amts wegen diesen Vergaberechtsverstoß nach § 114 Abs. 1 GWB zu prüfen; erst recht ist es ihr verwehrt, bei einem festgestellten Rechtsverstoß Anordnungen zur Beseitigung dieses Vergaberechtsverstoßes zu treffen. Voraussetzung dafür, dass die Vergabekammer in der Sache tätig wird und Anordnungen treffen kann, ist ein zulässiger Nachprüfungsantrag. Diejenigen Vergabefehler, die – z.B. mangels Antragsbefugnis oder wegen der unterbliebenen rechtzeitigen Rüge- nicht zulässigerweise zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens gemacht werden können, sind einer Sachentscheidung durch die Vergabekammer entzogen. Sie können dementsprechend auch nicht Anlass für Anordnungen der Vergabekammer nach § 114 Abs. 1 Satz 2 GWB sein (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.07.2002, Verg 22/02; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.03.2005, Verg 5/05).

Demzufolge trifft die Vergabekammer hier keine Anordnungen hinsichtlich der Wertung der Nebenangebote.

III.

Die Antragstellerinnen sind gemäß § 114 Abs. 1 GWB auch in ihren Rechten verletzt.

Gemäß § 114 Abs. 1 Satz 1 GWB entscheidet die Vergabekammer, ob der Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist und trifft die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern.

1. Die Antragstellerin zu 1) ist in ihren Rechten verletzt, weil sie mit ihrem Nebenangebot das preisgünstigste Angebot abgegeben hat und damit auf den ersten Rang vorrückt, wenn das Nebenangebot der Beigeladenen bei einer neuen Wertung ausgeschlossen wird.

2. Die Antragstellerin zu 2) ist in ihren Rechten verletzt, weil auch sie –unabhängig von dem Ausschluss des Haupt- und Nebenangebotes der Antragstellerin zu 1)- noch reelle Chan-

cen auf Erteilung des Zuschlags hat, wenn das Angebot der Beigeladenen ausgeschlossen wird und die Antragsgegnerin eine Neuwertung durchführt.

Denn im Rahmen der Neuwertung der verbliebenen Angebote könnte sich auch herausstellen, dass das Nebenangebot der Antragstellerin zu 2) das wirtschaftlichste Angebot ist. Dies unterliegt dem Beurteilungsspielraum der Antragsgegnerin und ist hier nicht abschließend zu prüfen.

IV.

Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammern Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben. Das Verwaltungskostengesetz findet Anwendung.

Die Vergabekammern des Bundes und der Länder haben in Zusammenarbeit eine Gebührenstaffel erarbeitet, die auch von der erkennenden Vergabekammer im Interesse einer bundeseinheitlichen Handhabung übernommen wird.

Danach ist bei einem Auftragswert ausgehend von den Angeboten der Antragstellerinnen eine Gebühr in Höhe von 2650 Euro zu erheben. Die Vergabekammer sieht keine Billigkeitsgründe, die zu einer Verringerung der Gebühr (§ 128 Abs. 3 Satz 4 GWB) führen.

Die Antragsgegnerin hat als unterlegene Partei diese Gebühr gemäß § 128 Abs. 3 GWB zu tragen. Da die Antragsgegnerin eine Behörde ist, ist sie nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 Verwaltungskostengesetz des Bundes von der Zahlung der Gebühr befreit.

V.

Soweit die Anrufung der Vergabekammer erfolgreich ist, oder dem Antrag durch die Vergabeprüfstelle abgeholfen wird, findet eine Erstattung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen statt (§ 128 Abs. 4 GWB). Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen des Antragsgegners zu tragen. § 80 des Verwaltungsverfahrensgesetzes und die entsprechenden Vorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder gelten entsprechend.

Die Vergabekammer hält die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin zu 1) und die Antragstellerin zu 2) gemäß § 128 Abs. 4 Satz 3 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 3 VwVfG NW für notwendig, weil das Nachprüfungsverfahren sich nicht nur auf fachliche Details in den Ausschreibungsunterlagen konzentrierte, sondern allgemeine Grundsätze aus dem Vergaberecht und dem allgemeinen Verfahrensrecht hier streitentscheidend waren.

Die Beigeladene war bei der Verteilung der Kosten und Aufwendungen nicht zu berücksichtigen, weil sie keine Anträge gestellt und auch sonst nicht fördernd auf das Verfahren eingewirkt hat.

VI.

Für die Berechnung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten wird die Vergabekammer den § 50 Abs. 2 GKG analog zugrunde legen und 5 % der Auftragssumme auf Antrag einer Partei festsetzen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie steht den am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten zu. Über die Beschwerde entscheidet ausschließlich der Vergabesenat des Oberlandesgerichtes Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf.

Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich bei dem Beschwerdegericht einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebe-gründung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,
2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechts-anwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öf-fentlichen Rechts.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Ver-gabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerde-schrift zu unterrichten.

Diemon-Wies

Stolz